POR

Doña Ines Fernandez Machado, viuda de Iuan Baptista Silman.

CON

Don Diego Gil de la Sierpe.

1 
VIOSE este pleito, representaronse despues de auer hablado los Abogados, por el señor D. Geronimo de Camargo dos dubios.

2 El primero, que siendo doña Ines acreedora sin cession de los herederos, no puede executar a D. Diego Gil de la Sierpe, que es deudor de su deudor, que este derecho solo, solamente le pertenece al Fisco, ex l. 3. C. quando Fisc. vel priuat. vbi omnes, Peregrin. de iure Fisci, lib. 6. tit. 7. à num. 26. cum alijs, & in terminis Faber. de error. pracmaticor. tom. 1. decada 5. error. 10. à num. 2. fol. mihi 126.

3 El segundo, que la sentencia arbitraria que diò el Licenciado D. Garcia de Sotomayor, Abogado en la Real Audiencia de Seuilla, a quien las partes dieron poder, para que los pudiesse obligar en las cantidades que bien visto le fuesse, es nula porque no se dio dentro del termino: ex textu in l. non distinguemus, §. fin. ff. de arbitr. l. 2. C. eod. tit. l. 27. tit. 4. part. 3 l. 4. tit. 21. lib. 4. Recop. ibi: *Y pareciendo que fue dada dentro del termino del compromisso*: cui adstipulantur Paris. cons. 43. nu. 7. Franch. decis. 354. à num. 1. Bald. in l. si à te, C. de pact. inter emptor. Felin. in cap. de causis, de offic. deleg. num. 3. ibi Decius num. 39. Tiraquel. de retract. conuention. §. 1. glos. 7. nu. 42. Ant. Gabr. de dilationib. conclus. 2. & 3.

4 Y que quando se huuiera dado dentro del termino, no se notificò la prorogacion a las partes, ex d. l. 27. circa fin. tit. 4 part. 3. Bald. in l. eos, §. Apostolos, C. de appellationib. Dec. cons. 39. in princ. & cons. 632. num. 14. Boer. decis. 53. Capic. decis. 93. num. 5. Vant. de nullitatib. ex defect. citation. num. 10. in fin.

5 Procuroſe ſatisfazer a ellos, ſin embargo ſe aſsignò para votar eſte pleito para deſte Lunes que viene en ocho dias, q̃ vienen a ſer cinco de Otubre, cuya aſsignaciõ, quando ſe juzgò que ſe auia de votar incontinenti, dà a entender, que requiere mas exacta ſatisfacion, y por eſto, y porque el Abogado ofreciò eſcriuir en derecho ſobre las demas excepciones que repreſentò por ſu parte en el Conſejo, para mayor abundancia ſe harà eſte papel ſobre todo.

Ad primum dubium, ſeu exceptionem primam.

6 Lo primero, no ſe niega, ni puede, que doña Ines es acreedora por ſu dote, en virtud del inſtrumento guarẽtigio, y ſentencia de remate executoriada por la Real Audiencia de Seuilla en contraditorio juizio cõ los herederos de ſu marido, como parece del teſtimonio preſentado en eſtos autos fol. 38.B. in fine, & 39. vſque ad fol. 40. Y que D. Diego tan bien es deudor, en virtud de la tranſaccion que ſe executa, y de la ſuerte q̃ el marido de doña Ines podia executarle: lo meſmo puede hazer ella como a deudor de ſu deudor, ſin ceſsiõ ſuya, ni de ſus herederos, vt tenent Gratian. diſceptat. foreſ. cap. 507. num. 3. ibi: *Imò etiam poterit intentari via executiua contra tale nomen debitoris quemadmodum creditor poſſet hoc facere, & ſic non erit neceſſaria vtilis actio. Angel. in l. à Diuo Pio, §. ſic quoque num. 2. & ibi Alex. in fine. Imol. num. 29. ff. de re iudic. Surd. conſ. 4. num. 24. lib. 1. Caſan. ſuper conſuetud. Burgund. rubr. 5. §. 2. in princ. fol. 817. vbi ampliat etiam ſine ceſsione, per text. in l. ſi pignori, ff. famil. erciſcun. Quidquid contrarium ſentiat. Rebuff. de litter. obligator. artic. 1. gloſ. 9. num. 31. tom. 1. fol. 72. cum alijs per Coler. de proceſsib. executiu. par. 2. cap. 3. num. 489. ad med. vſque ad num. 493. Quia iſtorum opinio procedit, quando ex parte debitoris debitoris poſſet negari debitũ, tunc enim non poterit agi executiuè, tamquam non ſit parata probatio incontinenti. Aliud eſt quando talis fateretur debitum, & de eo non poſſet dubitari, vel ſi adeſſet inſtrumentum executiuum, in quo liquidè conſtaret de debito, tunc enim executio poteſt fieri celeriter, ſicut poſſet facere principalis, prout declarat Roder. Suar. in l. poſt rem iudicatam, notab. 7. alias 8. verſ. Addas aliam caſum contra fiſcales in fin. ff. de re iudica. fol. 511. & ita etiam diſtinguit Coler. de proceſsib. executiu. par. 2. cap. 3. in fin. num. 494. fol. 553. Adeò, vt neque hoc caſu ſufficeret negatio debitoris debitoris, ſi appareret illam eſſe notoriè calumnioſam, cum illa non faciat rem dubiam, ideò non excludet ius executiuum, vt latè concludit Surd. conſ. 4. num. 27. vſque ad num. 32. lib.*

1. Aym.

1. *Aym.cons.55 num.30. Socin.cons.37.num.24. lib.4.* Et numeris sequentib.ad saturitatem docte examussim totam materiá prosequitur. Sesse singul.in decis.123. Petr.Surd.cós.4.à numer.23.cum multis alijs (Gratiano non laudato,nec relato) Domin. Petr. Diez Noguer. allegat.35. à num. 15. in finem vsque,& cum multis singulariter Salgad. de Reg.protect.3. p.c.11.à n.12.&4.par.c.7.à n.175.& c.8.a n.247.Rot.Rom. decis.7.num.1.post tractat.Gales.de cam.oblig.cum mult. Carleual.de iurisdict.tom.2.lib.1.tit.3.disput.6.num.4.

7 Lo segundo, porque demas de lo dicho, tiene doña Ines quasi cesion formal,considerando, que por auto de vista, y reuista se le ha mandado,que cobre su dote de los bienes de su marido,con que es lo mesmo que si tuuiera cesió formal de los herederos,vt in terminis tenet Gratian.d.cap.507. numer.21.ibi: *Addendum est etiam,quod poterit iudex adiudicare nomẽ debitoris creditori,vt postea experiatur vtilibus actionibus iudicio contra eum, cuius nomen sibi adiudicatum est,etiam non vocato eo,cuius nomen adiudicatur. Nam debitor posset quoque dare in solutum suo creditori nomen sui debitoris etiam inuito,& ignorante ipso debitore: l.1. C.de nouat. vnde etiam iudex hoc poterit facere,cum representet personam ipsius debitoris: l.si ob causam,C.de euictionib.l.1. C.de Prætor. pignor.& in specie ita consuluit Fulgos.cons.82.col.2.ad med.*

8 Lo tercero,que a mayor abundamiento, los herederos de Iuan Baptista Silman han salido a este pleito, con que de todo punto cessa,y se excluye la excepcion referida, como parece de los autos fol.36.B. donde està el testimonio del poder del curador ad litem,y fol.37.B.la peticion que el Procurador dio en nombre de doña Ines Fernandez Machado,y de Fernando Farfan curador ad litem de los menores.

9 Lo quarto, que quando lo dicho cessara,que no cessa,ay cosa juzgada,considerando,que dõ Diego opuso,que no era parte como acreedora para pedir esta cantidad, y pidiò deuido pronunciamiento sobre este articulo, antes de responder a lo principal,y que no estaua obligado a ello; y por auto de vista,y reuista se le mandò responder derechamente: y consintiendo en estos autos respondiò a lo principal,como parece de los autos a fol.71.& 72.l.1.& 2. per tot. tit. C. de re iudic.l.cum quæritur,cum duab.legib.sequentib.ff.eodẽ tit.latè Valençuela cons.123.a num. 26.& 37.cum alijs.

10 Y contra ella la soberania del Consejo,y del mesmo Principe,no puede obrar cosa alguna: l.fin. C.senten. rescin.nõ posse,cum plurib. Valenç.cons.134.a num.40.

11 Lo primero, porque es constante, y de los autos parece a fol. 3. B. que el poder que dieron D. Diego Gil de la Sierpe, y Iuan Baptista Silman al Licenciado D. Garcia de Sotomayor, Abogado en la Real Audiencia de Seuilla, para que por via de transaccion les obligasse a pagar la cantidad sobre q̃ es el pleito, fue con calidad, que dentro de treinta dias de la fecha del poder hiziesse dicha obligacion, y escritura, y despues desto, por otro si de dicho poder, a fol. 12. B. ponen, y assientan la clausula siguiente. *De que el señor D. Garcia de Sotomayor, pueda dẽtro del dicho termino deste poder, prorogarlo por el mas termino que fuere su voluntad, vna, y muchas vezes, sin que sea necessario intimar las tales prorogaciones.*

12 Este nombramiento se intimò a D. Garcia en 28. de Agosto de 635. fol. 13. B.

13 En 26. de Setiembre de 635. vsando de la facultad que se le dio para prorogar el mas tiempo, y que fuesse su volũtad, prorogò otros dos meses mas de termino, que corriessen dessde que se cumpliessen los treinta dias contenidos en su poder: notificoseles dicho dia, mes, y año, a fol. 13. y 14. B.

14 En 17. de Nouiembre del mesmo año prorogò otros dos meses mas, fol. 15. B. y 16. notificose en dicho dia, mes y año.

15 En 15. de Enero de 636. le prorogò por quarenta dias mas, fol. 16. y 17. No parece que esta prorogacion se notificò a las partes.

16 En 20. dias del mes de Febrero de dicho año de 36. parece, que boluiò a prorogar hasta diez de Março, y en este dia se notificò a D. Diego Gil de la Sierpe, fol. 18. B.

17 Y en 28. de Febrero de dicho año de 36. dicho D. Garcia otorgò dicha obligaciõ en virtud de dichos poderes: de suerte, que esta obligacion se otorgò en tiempo, sin que por la inspeccion de los autos se pueda oponer lo contrario.

18 Y si tiene la escritura que se presento en la Veracruz, auia yerro en la calculacion de lo dicho, porque el escriuiente q̃ facò la escritura cometio estos defectos, auiendose traido a Seuilla, se reconocio, y por auto de los juezes de la Contratacion, con citacion de la parte contraria se ajustò, como parece del pleito fol. 27. que es practica que enseñaron, Bartulo in l. si librarius, num. 6. ff. de reg. iur. vbi Dec. num. 8. Cagnol. num. 27. cum mult. Farinac. q. 153. n. 127. & q. 156. n. 135. Y assi esta excepcion por esta parte queda totalmẽte elidida.

Lo

19 Lo segundo, que este contracto, y obligacion la formò, hizo, y otorgò don Garcia, en virtud del poder, dentro de los quarenta dias de la vltima prorogacion, y assi cessa esta excepcion.

20 Lo tercero, porque quando lo dicho cessara, q̃ no cessa, aunque los Autores que emos mencionado supra num. 4. tienen por opinion, que la prorrogacion se ha de notificar a las partes: esto procede en la primera notificacion, no empero en las de demas, porque ya la partes saben, o pueden saber el estado que tiene, para informar sobre sus pretensiones: y assi en las de demas prorrogaciones, no se necessita desto, Innocent. in cap. ad petitionẽ de accusationib. Bald. in l. diem proferre in princ. & l. non distinguemus, §. dies, ff. de arbitr. Hypolit. de Marsil. in l. de vnoquoque, num. 26. ff. de re iudicat. Assin. in pract. iudicia, §. 7. cap. 5. limit. 92. nu. 1. & limit. 125. n. 1.

21 Lo quarto, porq̃ las partes despues de la primera prorrogacion, dieron facultad a dõ Garcia, para que hiziesse, y executasse dicha escritura, sin limitacion de tiempo, en la forma, y como quisiesse, y sin tener necessidad de intimar las prorrogaciones, l. 27. tit. 4. part. 3. l. diem proferre, §. si quis litigatorum. ff. de arbitr. ibi: *Nisi in compromisso, hoc specialiter expressum sit*: con que fue el termino infinito, no tuuo que prorrogar: y assi no fue necessario notificar cosa alguna a las partes, y sin ella tiene perfeta validacion, y firmeza la escritura, Ias. in l. nec quidquam, §. vbi decretum, num. 55. ff. de offic. Proconsul. & in l. si quis arbitr. ff. de verbor. obligat. & in §. bonæ fidei, num. 37. inst. de actionib. Speculator. in tit. de arbitr. §. excipitur, Immola in cap. cum dilectus, de arbitr. Vincent. de Anna singulari 518. in fine, Marsil. singul. 173.

22 Lo quinto, porque el fin principal que las partes tuuieron en este poder, fue apartarse desta lite, que se esperaua auia de mouerse por las pretensiones que se representan en el poder: este fue el intento de las partes, à esto estaua prompto, de acudir don Garcia de Sotomayor, la prorrogacion mirò a desembaraçarse de negocios dicho don Garcia, y hallarse en aptitud desocupado dellos, para cumplir con el poder q̃ le dieron, no à oira las partes, para que le informassen, porq̃ ya lo estaua, y enterado de todo: y assi esta vltima prorrogacion no fue necessaria notificarsela a las partes, porque el deseo estaua viuo de quitarse de pleitos entre las partes,

duraua todo el tiempo que fuesse menester, hasta conseguir su quietud, y fue la prorrogacion en conformidad desto, & ex natura causæ, vt res finem, & effectum sortiretur, l. qui per salutem, de iure iurand. Dec. consil. 22. num. 4. versic. *At in casu nostro*, Tiraquel. in l. boues, §. hoc sermone, limit. 6. de verbor. significat. Blanc. de arbitr. 7. quæst. versic. *Secundo quæro*, num. 41.

22 Lo sexto, porque dicho don Diego Gil de la Sierpe, tiene consentida dicha escritura, pues si la regulasse por compromisso, auia de auer reclamado, y apelado della dẽtro de diez dias, y passados no lo puede hazer, ni alegar, vt disponitur in l. cum antea, C. de arbitr. in §. sin autem, glos. verbo Obseruandum, cap. cum tempore de arbitr. cum alijs, D. Ioan. Bapt. Valenç. consi. 124. num. 44. ibi: *Et hoc est clarius, quia dicta sentẽtia arbitraria, fuit emologata, & remansit exequibilis. Eo quod aduersus illam non habuere recursum ad superiorem, dictus Ioannes Lopez, nec illius pater, intra que decem dies, vt de iure opus erat*, idem in l. 35. tit. 4 par. 3. & ibi Lopetius, glos. 6. verbo: *O si callassen*; y esta excepcion no la han alegado, ni reclamado; y assi auiendo consentido, no tiene lugar de poderlo dezir oy, demas de que don Diego no la ha opuesto.

TERCERA EXCEPCION:

Que opone don Diego, que està vulnerada la via executiua.

23 Lo primero, que la excepcion que se opuso por don Diego ante don Luis Fernandez de Cordoua, fue, que la escritura se auia hecho fuera del termino que se dio a don Garcia para que la otorgara: este fue error del Escriuano, que se saneò ante el Presidente, y los demas juezes de la Contrataciõ de Seuilla. Y assi cessa esta excepcion, y no puede auer vulneracion alguna: assi porque la causa es de su naturaleza executiua, por ser vna escritura de transaccion, l. non minorem, C. de transactionib. Rotta Rom. decis. 119. per tot. post tract. Gallesij de obligat. Camera. y ser escritura guarẽtigia, que tambien es exequible, l. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. vbi omnes Regnicolæ. Y quedandole este priuilegio, la ley no puede alterarla el Iuez, ni hazerla via ordinaria, Castillo Sicul. tom. 2. decis. 198. num. 2. Giurba, decis. 40, nu. 24. como porque

que no se declarò que el instrumento era nulo, ni vulnerò, ni pudo lo essencial del, Gonçal. in regul. 8. Chancellar. glos. 6. a nu. 101. latè Zach. super Galles. de obligat. Camer. quæst. 37. à num. 26. cum alijs latissimè, Salgad. de Reg. protect. 3. p. c. 4. a n. 34. cum alijs.

24 Lo segundo, porq auiendo apelado, y presentadose ante el soperior, cesò el efeto del auto de D. Luis Fernandez, y pudo ante el superior pedir mandamiento de execucion, aun quando estuuiera por el dicho auto vulnerada, que se niega; vt in terminis cum multis tenet, Antonin. de Amat. singul. in reso. 81. n. 24. & n. 27. ibi: *At si fuerit suspẽsus effectus vulnerationis resultans, ex sententia ipsa vulnerante, per appellationem suspensiuam, ab eadem petitam, vel per aliud suspensiuum remedium aduersus eam propositum, sola vulnus remanet, per appellationem, & suspensiuum remedium in pendenti, donec tollatur, per contrariam sententiam, vel letale efficiatur confirmatione posterioris sententiæ, interim non impeditur exequutio instrumenti, cum ad impediendum instrumenti exequutionem, letale requiratur vulnus illatum per sententiam transactam in rẽ iudicatã, vt superius formatum est; ita ex Honded. cons. 17. n. 45. lib. 2. dixit Gratian. discept. 667. n. 21. & discept. 796. n. 39. 40. 41. Gamba decis. 100. n. 34. in fine, Cessar de Grassis decis. 4. de caus. possess. & propter Consequens. decis. 32 [illegible] Ludouis. decis. 313. n.* [illegible]

25 Lo tercero, q respeto de lo dicho se pudo pedir muy bien el mandamiento de execucion, ex integro, & tamquã in primi, ante el Presidẽte, y Oydores de la Cõtratacion, Gonç. cũ plurib. ind. gl. 6. n. 241. Salg. d. 3. p. de Reg. protect. c. 4. a n. 27.

26 Y reuocacion del mandamiento de execucion, verificando el yerro no es disputable, ex authoritate glossæ, in l. Bebius Marcel. ff. de pact. dotalib. vbi Bald. & in cons. 150. vol. 2. Giurba decis. 10. ferè per tot.

QVARTA EXCEPCION.

Que no se ha dado la fiança, que se dispone por la ley 4. tit. 21. lib. 4. Recopilationis.

27 Lo primero, que estos poderes para transigir, no son de los cõpromissos q habla la ley, sino vna escritura en q las partes se obligan en forma de transaccion verdadera, q es exequible, sin otra solemnidad alguna, como si las partes las hiziera y otorgaran, iuxta text. in l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. vbi omnes Regnicolæ.

28 Y aunq en el fin de dicha ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. parece que dà a entender q lo mismo quiere se ecute en las transac-

cio-

ciones, no habla en estas escrituras, sino en los compromissos, q̃ sequuto laudo dicũtur transactiones, Bald. in l. si quis ex consensu, nu. 4. C. de Episcop. Audient. Bart. cons. 87. & cons. 159. lib. 1. n. 4. Alexand. cons. 11. lib. 7. Castrens. cons. 329. lib. 1. Y es constante, sin q̃ en esto aya disputa, que estas escrituras se executan sin solemnidad alguna, ni en ellas se guarda la forma de dicha ley 4.

29 Lo segundo, porq̃ quando se assimilara, y fuera compromisso, q̃ no lo es, adhuc, en el caso presente no auia obligacion de dar la fiança q̃ dispone dicha ley 4. porq̃ D. Diego no ha apelado de dicha escritura, ni pedido reduccion alguna, y para en este caso se mãda dar dicha fiança: y assi cessa; vt in in terminis tenent Azeued. in d. l. 4. n. 19. ibi: *Est tamen notandũ, quod fideiussio, hæc a nostro textu requisita, tunc præstanda est, quoties a laudo, vel sententia arbitraria exequendis petita est reductio ad arbitrium boni viri, vel est apellatum, vt inquit Rebuff. vbi sup. n. 10. sed si laudũ, vel sententia arbitraria in rẽ iudicatam lapsa sunt, nulla est necessaria præstatio fideiussionis, & obligationis nostri text. secund. Auend. d. c. 1. Prætorũ, n. 28. lib. 1.* Idẽ tenet Rodr. de exec. c. 1. ar. 1. n. 32. ibi: *Obligationẽ, & fideiussiones has à lege requisitas, tũc præstandas esse quoties a mandato, vel sententia arbitri exequendis appellatum est, vel reductio ad arbitrium boni viri petita est, quod si secus sit, si mandatum, vel sententia arbitraria in rem iudicatam transacta sunt, vt tunc nulla obligationis, aut fideiussionis præstatio necessaria sit cum iam legis finalis ratio cessare videatur.* Bolaños in Curia Philipica, to. 1. p. 2. n. 12. in fine, ibi: *Y aun la sentencia de los arbitros, q̃ no fue contradicha en el termino deuido, o fue consentida, se ha de executar sin fianças, como consta de vnas leyes de partida.*

30 Lo tercero, porq̃ quando huuiera algũ defeto, q̃ se niega, reconociendo como es constante q̃ don Diego no niega este debito, ni opone a lo essencial del cosa alguna, se auia, y deue confirmar dicho mandamiento de execucion, ex l. fin. §. fin. ff. de eo, quod met. caus. & ibi Bald. & singulariter Bart. q. 6. per tot. præcipuè, an 8.

31 Lo quarto, q̃ en el ingresso desta via executiua, se han passado mas de dos años con grande gasto, y perdida de D. Ines, siendo cierto, q̃ quando la excepcion requiere largo conocimiento de causa, se ha de remitir a los diez dias de la ley, Dom. Petr. Diaz Noguer. alleg. 4. n. 44. Surd. dec. 252. nu. 11. Argel. de acquiren. posses. q. 2. a n. 154. Y assi parece de primo ad vltimum, que se ha de confirmar la sentencia del Cõsejo. Salua in omnibus, &c.